

*Capsule*

## **Nouvelles des États-Unis : responsabilité pour complicité de contrefaçon**

**La décision de la Cour suprême du  
27 juin 2005 dans l'affaire *MGM c. Grokster***

**Jane Ginsburg\***

La Cour suprême des États-Unis a rendu une décision très attendue dans l'affaire *MGM c. Grokster*<sup>1</sup>, dans laquelle était mise en jeu la responsabilité de deux entrepreneurs de réseaux « peer to peer » (P2P) pour les contrefaçons commises par leurs utilisateurs finaux.

En l'espèce, les sociétés Grokster et Streamcast diffusaient des logiciels permettant aux utilisateurs de copier des fichiers – essentiellement des films et des enregistrements musicaux – contenus dans les disques durs d'autres internautes. Il convient d'observer qu'il n'existe pas d'exception générale en matière de copie privée aux États-Unis

De plus, dans sa décision rendue en 2001 dans l'affaire *Napster*, la Cour d'appel du 9<sup>e</sup> Circuit avait refusé de qualifier de « fair use » les copies numériques de phonogrammes effectuées par le biais du système mis en place par Napster, notamment à cause de l'énorme

---

© Jane Ginsburg, 2005.

\* Professeure à la Columbia University School of Law.

1. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. c. Grokster, Ltd.* (04-480), 545 U.S. (2005), 380 F.3d 1154, vacated and remanded.

quantité de copies ainsi effectuées. Contrairement au système mis en place par la société Napster, dont les juges de fond avaient retenu la responsabilité par ricochet en raison des actes délictueux réalisés par les utilisateurs, les réseaux utilisés par Grokster et Streamcast ne contenaient pas de répertoire centralisé facilitant les recherches des utilisateurs, mais également permettant de bloquer l'échange de fichiers non autorisés. Il n'en demeure pas moins que les sociétés défenderesses avaient des systèmes sciemment bâtis, capables d'éluider tout contrôle émanant desdits entrepreneurs. Ils avaient également sollicité les internautes en promouvant leurs systèmes comme étant les successeurs de Napster.

Le tribunal de district, confirmé par la Cour d'appel du 9<sup>e</sup> circuit, avait cru appliquer la jurisprudence *Sony* (*Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 US 415 (1984)), en vertu de laquelle la responsabilité pour fourniture de moyens de commettre une contrefaçon (« contributory infringement ») ne peut être retenue dès lors que le moyen diffusé est « capable d'utilisations non contrefaisantes substantielles ». Les juges du fond avaient interprété cette jurisprudence comme visant le contrôle que le fournisseur pouvait garder sur l'utilisation des moyens qu'il diffusait. Dès lors que le dispositif diffusé pouvait se prêter à des utilisations non contrefaisantes, ne serait-ce que pour l'avenir, les juges du fond avaient estimé que l'interrogation se déplacerait de l'utilisation actuelle, voire de l'utilisation recherchée par le diffuseur, vers le contrôle exercé par le diffuseur. Or, ce dernier étant inexistant (même si volontairement), les sociétés défenderesses ne pouvaient être déclarées responsables des contrefaçons effectuées par leurs utilisateurs. Le juge de district avait même souligné qu'il était très probable que les sociétés défenderesses aient choisi délibérément de n'opérer aucun contrôle, mais le droit commun du copyright n'imposait pas aux entrepreneurs numériques d'opérer une mise en conformité systématique des produits proposés avec le droit de la propriété intellectuelle.

La Cour suprême, dans une décision exprimant l'unanimité des voix des neuf magistrats, a cassé la décision de la Cour du 9<sup>e</sup> Circuit. La Cour suprême a reproché à la Cour d'appel une mauvaise interprétation de la jurisprudence *Sony*. Celle-ci, selon la Cour suprême, n'avait pas remplacé les principes généraux de la responsabilité civile, selon lesquels celui qui incite (« actively induces ») à la contrefaçon devient responsable des contrefaçons commises par ceux qui se sont servis des moyens par lui diffusés dans l'intention de promouvoir la contrefaçon.

Lorsque l'intention de faciliter la contrefaçon est prouvée, le critère de l'usage licite du dispositif en question n'entre plus en ligne de compte. La règle issue de la jurisprudence *Sony* ne s'applique donc que lorsque l'intention de promouvoir la contrefaçon ne peut être déduite du comportement du défendeur, la diffusion d'un dispositif permettant la contrefaçon ne suffisant pas en soi à établir cette intention. De même, le caractère prévisible d'utilisations illicites ne constitue pas en soi la preuve que le diffuseur a voulu que les utilisateurs appliquent (ou détournent) le dispositif à de telles fins. À défaut de caractériser l'incitation à la contrefaçon, la responsabilité du diffuseur d'un tel dispositif ne sera retenue que si celui-ci n'est pas « capable d'utilisations non contrefaisantes substantielles ».

La Cour a cependant laissé en suspens la question relative à la définition des termes « utilisations non contrefaisantes *substantielles* » (*substantial noninfringing uses*), estimant qu'en l'espèce la responsabilité pouvait être réglée sur le terrain du comportement volontaire des sociétés défenderesses. Ainsi, la Cour n'a tranché ni pour une interprétation selon laquelle la substantialité des utilisations non contrefaisantes devait être appréciée à la lumière de la proportion d'utilisations licites par rapport aux utilisations illicites, ni pour une interprétation selon laquelle la distribution du dispositif ne serait pas fautive, même en cas d'utilisations majoritairement contrefaisantes, dès lors que l'avenir promettrait des utilisations licites plus importantes. Comme nous le verrons, chacune de ces interprétations contradictoires de la jurisprudence *Sony* a été préconisée par des opinions concurrentes, signées chacune par trois magistrats.

La Cour a relevé trois éléments attestant du caractère volontaire des agissements des sociétés Grokster et Streamcast.

D'abord, les sociétés défenderesses ont cherché à remplacer Napster lorsque celle-ci a perdu l'action en responsabilité dérivée pour contrefaçon intentée par les compositeurs, artistes et producteurs de phonogrammes. Grokster et Streamcast avaient non seulement entrepris de promouvoir leurs systèmes comme facilitant la copie d'œuvres protégées au moyen de leurs réseaux P2P, mais il semblerait que les nouveaux systèmes aient été conçus dans l'intention délibérée de récupérer l'ancienne clientèle de Napster.

Ensuite, les défenderesses avaient refusé de « filtrer » leurs réseaux afin de prévenir la contrefaçon.

Qui plus est, elles avaient rejeté les propositions de sociétés tierces d'effectuer le filtrage au bénéfice des défenderesses, et l'une de celles-ci avait même bloqué les tentatives de surveillance entamées par de tierces personnes.

Enfin, l'économie du système mis en place par les sociétés dépendait de la contrefaçon, puisque les revenus de ces dernières étaient basés sur la publicité, dont les tarifs dépendaient du nombre de visiteurs sur le site considéré. Plus le nombre de copies illicites disponibles sur le site augmente, plus le nombre de visiteurs s'accroît. De tous les éléments précités, il en ressort qu'ils attestaient d'une volonté évidente de promouvoir la contrefaçon, la Cour le soulignant, « le but illicite ne fait aucun doute » (« The unlawful objective is unmistakable »).

Toutefois, l'incitation à la contrefaçon n'est fautive que si les contrefaçons sollicitées ont réellement lieu. En l'espèce, cependant, la commission d'infraction de contrefaçons par les internautes ne faisait pas de doute. Les sociétés défenderesses n'avaient pas remis en cause la qualification du comportement des utilisateurs des systèmes, dont l'utilisation illicite avoisinait les 90 %. La Cour a en conséquence estimé que les faits révélaient « la contrefaçon d'une étendue bouleversante » (« the probable scope of copyright infringement is staggering »).

La Cour a néanmoins pris soin de rappeler qu'au moins trois éléments attestant de la volonté de promouvoir la contrefaçon ne suffiraient pas en soi à établir l'intention d'inciter à la contrefaçon. En ce qui concerne le filtrage, la Cour a souligné : « Bien entendu, à défaut d'autres preuves de comportement volontaire, les juges ne pourraient retenir la responsabilité par complicité au seul motif que le fournisseur n'avait pas entrepris de mesures affirmatives afin de prévenir la contrefaçon, dès lors que le dispositif était autrement capable d'utilisations licites substantielles. Ce serait en l'occurrence trop s'approcher de la zone protégée par la jurisprudence *Sony*. » (En revanche, la Cour n'a pas précisé si le refoulement, voire le blocage, de mesures anti-contrefaçon effectué par des tiers sur les réseaux des défenderesses, servirait d'indice plus probant de la volonté illicite.) De même, la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvent les sociétés les poussant à maximiser l'usage contrefaisant du contenu ne traduit pas à elle seule une volonté illicite mais constitue un indice dont il faut tenir compte.

En évitant de préciser la portée de la jurisprudence *Sony*, la Cour semble avoir réglé le cas des entreprises les plus contestables, tout en laissant une certaine marge de manœuvre (toujours indéfinie) pour les entrepreneurs dont les innovations, bien que capables de faciliter la contrefaçon, ont des buts et utilisations licites et constitueraient des contributions à l'évolution de la technologie. Autrement dit, la tolérance d'un certain niveau de contrefaçon serait le prix à payer pour promouvoir le progrès de la technologie. Mais lorsque la contrefaçon massive devient la résultante de la technologie, il convient de freiner celle-ci, soit au motif de l'incitation à la contrefaçon, soit, pour au moins trois des magistrats, au motif que la jurisprudence *Sony* ne déresponsabiliserait que les fournisseurs de technologies dont les utilisations non contrefaisantes sont réelles et importantes.

En effet, l'opinion concurrente de la magistrate Ginsburg, signée également par le président de la Cour, le juge Rehnquist, et le juge Kennedy, souligne le caractère dérisoire des utilisations licites des réseaux des défenderesses. L'opinion concurrente s'intéresse à la responsabilité découlant de la fourniture de moyens de commettre la contrefaçon, dans l'hypothèse où l'incitation ne serait pas retenue. Dans cette dernière, il deviendrait nécessaire de clarifier la portée de la jurisprudence *Sony*, afin de déterminer la responsabilité dérivée du fournisseur. Pour les trois magistrats en question, la jurisprudence *Sony* exige une protection « effective, non seulement symbolique » du droit d'auteur. Or, lorsque l'utilisation du dispositif diffusé est bien plus que majoritairement (en l'occurrence 90 %) illicite, renier la responsabilité du fournisseur réduirait la production du droit d'auteur à une position plutôt symbolique. Les trois juges ont également relevé des distinctions entre les faits de l'affaire *Sony* et les agissements de Grokster et Streamcast.

Dans l'affaire *Sony*, la Cour avait considéré le visionnement en différé (« timeshifting ») comme étant un « fair use », et donc licite, et c'est l'exemple de l'utilisation largement majoritaire du magnétoscope à l'époque. Or, en l'occurrence, les copies effectuées par les utilisateurs de Grokster et Streamcast n'ont pas été qualifiées de « fair use », et les défenderesses n'avaient pas apporté de preuves quant à des utilisations non contrefaisantes importantes. L'opinion reproche aux juges de la Cour d'appel « de ne pas avoir fait la part entre l'utilisation des logiciels des sociétés défenderesses (dont il s'agit dans ce litige) et la technologie peer-to-peer en général (dont il ne s'agit pas en l'espèce) », les preuves apportées par les défenderesses, et créditées par les juges du fond, concernant en fait les bien-

faits généraux du P2P, et non l'application du P2P par Grokster et Streamcast.

L'absence de distinction entre la technologie peer-to-peer en général et l'exploitation faite de cette technologie par Grokster et Streamcast caractérise l'autre opinion concurrente, rédigée par le juge Breyer, et co-signée par les juges Stevens et O'Connor, ces deux derniers ayant signé l'opinion de la majorité des juges dans l'affaire *Sony*, dont le juge Stevens était l'auteur. Cette opinion préconise une interprétation large de cette jurisprudence, afin de sécuriser les entrepreneurs technologiques contre les attaques des ayants droit prétendument lésés par des dispositifs permettant aux utilisateurs de commettre des actes non autorisés relatifs aux œuvres de l'esprit. Selon cette opinion, la formule « capable d'utilisations non contrefaisantes substantielles » doit être comprise comme excusant le distributeur d'un dispositif dont l'utilisation licite ne serait que de 10 %, surtout si ce dispositif pourrait connaître à l'avenir des utilisations licites plus répandues.

La capacité d'utilisations licites future s'apprécierait par rapport aux dispositifs « de ce type, » et non particulièrement par rapport au dispositif litigieux. Le juge Breyer a donc pu écrire qu'il importait peu que Grokster « ne veuille pas développer ces autres utilisations non contrefaisantes. La règle découlant de *Sony* ne vise pas à protéger les Groksters de ce monde (qui de toute façon, pourraient bien être responsables [à titre de l'incitation]), mais à protéger l'évolution de la technologie plus généralement ».

Le juge Breyer a relevé quatre bienfaits de la règle édictée par l'arrêt *Sony* (telle que comprise par les auteurs de cette opinion concurrente) : 1) la règle est claire ; 2) elle est « fortement protectrice de la technologie » ; 3) elle vise l'avenir ; et 4) elle ne requiert pas des juges l'appréciation du fonctionnement de la technologie en question. L'opinion ne cache pas son penchant pour la technologie ; en comparant les inconvénients infligés à la technologie aux avantages au droit d'auteur qui découleraient de la plus stricte interprétation de la jurisprudence *Sony* préconisée par l'autre opinion concurrente, l'opinion se réfère non pas aux intérêts de la création littéraire et artistique, mais à la « sécurité renforcée des revenus des ayants droit ». Il semble que les seuls créateurs à prendre en compte seraient les innovateurs technologiques, ici confrontés aux intérêts financiers anonymes et oppressants des « copyright holders ». L'opinion insiste en déclarant que « le droit ne favorise pas la mise sur un pied d'égalité des deux types de gain [droit d'auteur] et de perte [technologie] ; au

contraire, il penche pour la protection de la technologie. ». Cette affirmation est d'autant plus frappante qu'elle n'a de base légale ni dans le texte de la loi de 1976, ni dans la Constitution. Son seul appui est la décision *Sony*, qui, comme nous l'avons vu, est susceptible d'être interprétée de plusieurs façons différentes.

La décision *Grokster*, bien que n'apportant pas aux auteurs et ayants droit l'interprétation restrictive de l'arrêt *Sony* qu'ils recherchaient, permet au moins de cerner les entreprises ayant les comportements les plus abusifs, tout en laissant planer l'ambiguïté sur l'envergure de la contrefaçon que le droit de la responsabilité dérivée est prêt à tolérer lorsque le fournisseur d'un dispositif capable d'utilisations licites aussi bien qu'illicites n'aura pas incité ses utilisateurs à commettre des contrefaçons.

La réaction des adeptes des logiciels P2P, selon laquelle la Cour aurait « reculé l'avance de la technologie pour les dix ans à venir » peut donc surprendre. La Cour visait à mettre les entrepreneurs peu scrupuleux du mauvais côté du cordon, tout en permettant le développement d'innovations même lorsqu'un certain niveau (indéfini) de contrefaçon est prévisible. Il n'est donc pas clair pourquoi on s'alignerait avec ceux, dans la formule citée par la Cour, « dont le comportement avait l'intention de nuire, ou avait tort moralement ».

Pour l'après-*Grokster*, on peut s'attendre à ce que les litiges futurs approfondissent les éléments probants caractérisant l'intention de faciliter la contrefaçon. Et il reste à savoir dans quelle mesure la responsabilité dérivée sera retenue en dehors de l'hypothèse de l'incitation. Autrement dit, existera-t-il des cas de figure où l'utilisation majoritaire d'un dispositif sera contrefaisante, mais que le fournisseur n'aura pas recherché la commission d'actes illicites ? De prime abord, il semblerait peu probable que l'on ne retienne pas le caractère incitatoire de la fourniture de moyens lorsque le fournisseur s'attendait à l'utilisation de ces moyens pour commettre des contrefaçons et bénéficiait financièrement de celles-ci, mais la décision *Grokster* prend soin de dire que la volonté de nuire ne se présume pas de ces seuls éléments.

À défaut de volonté, mais en présence d'une envergure « bouleversante » de contrefaçons effectuées par les utilisateurs finaux, il conviendra de trancher la question de la portée de la jurisprudence *Sony*, afin de fixer l'équilibre des intérêts respectifs des créateurs d'œuvres de l'esprit et des innovateurs technologiques.